

# Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle

943



**THOMAS KOLLER**  
Prof. Dr. iur., Universität  
Bern

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Der Fall
  - 1. Ausgangslage
  - 2. Der bundesgerichtliche Entscheid
  - 3. Die bundesgerichtlichen Erwägungen
    - a) Das Kriterium der subjektiven Ungewöhnlichkeit
      - aa) Die vertrauenstheoretische Fundierung des Kriteriums der subjektiven Ungewöhnlichkeit und deren Problematik
      - bb) Die Aufklärungsobliegenheit des AGB-Verwenders
      - cc) Die subjektive Ungewöhnlichkeit im vorliegenden Fall
    - b) Das Kriterium der objektiven Ungewöhnlichkeit
      - aa) Die Argumentation des Bundesgerichts im konkreten Fall
      - bb) Allgemeine Bemerkungen
      - cc) Eine weiterführende Überlegung: die objektive Ungewöhnlichkeit als Bestandteil der Inhaltskontrolle
- III. Fazit
- IV. Ausblick

## I. Einleitung\*

Die legislatorisch prekäre AGB-Situation im schweizerischen Recht ist hinlänglich bekannt. Gesetzliche Regeln über Allgemeine Geschäftsbedingungen bestehen in der Schweiz nur in Ansätzen<sup>1</sup> und eine dieser Regeln – Art. 8 UWG – hat sich aufgrund der in ihrem Ingress aufgeführten Wendung «in irreführender Weise» als schlicht zahnlos erwiesen. In letzter Zeit wurden zwar verschiedene Anstrengungen unternommen, um die – gerade auch im Vergleich zum EU-Recht – extrem grossen Lücken in der schweizerischen AGB-Gesetzgebung wenigstens teilweise zu schliessen<sup>2</sup>. Ob und inwieweit

\* Die wissenschaftliche Redlichkeit gebietet es, Interessenbindungen offenzulegen. 1998 habe ich für die SUVA ein Rechtsgutachten über die nachfolgend diskutierten Fragen verfasst. Das Gutachten konnte ich anschliessend (mit Zustimmung der Auftraggeberin) in der Zeitschrift recht publizieren (siehe dazu den Nachweis hinten in FN 7). Im Verfahren, das zum hier interessierenden Bundesgerichtsurteil führte, war die SUVA die obsiegende Partei. Der Ausgang des Prozesses ist somit selbstverständlich (auch) in meinem Sinn. Vorbehalte habe ich aber gegen die Begründung des Entscheids. Ich hoffe, trotz der dargelegten Interessenbindung einen sachlichen Beitrag zur Diskussion über die verdeckte AGB-Inhaltskontrolle beisteuern zu können.

<sup>1</sup> Art. 33 VVG; Art. 256 Abs. 2 lit. a und Art. 288 Abs. 2 lit. a OR; Art. 8 UWG.

<sup>2</sup> So war z.B. vorgesehen, im Rahmen einer Revision des Konsumenteninformationsgesetzes (KIG) einen Art. 20a in das Obligationenrecht einzufügen, der den Konsumenten in der Form einer Generalklausel einen gewissen (inhaltlichen) Schutz gegen benachteiligende AGB hätte bieten sollen. Am 21. Dezember 2005 hat der Bundesrat aufgrund der mehrheitlich negativen Reaktionen im Vernehmlassungsverfahren beschlossen, die Revision des KIG nicht weiter zu verfolgen (Projekt zur Revision des Bundesgesetzes über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten [Teilrevision des KIG], Begleitbericht vom 14. Juli 2005, S. 25 f., und Entwurf von Art. 20a OR, abrufbar unter <http://www.konsum.admin.ch/themen/00129/00132/index.html?lang=de>).

Im Rahmen der Gesamtrevision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG) ist erneut vorgesehen, das OR mit einem Art. 20a zu ergänzen und so eine – diesmal nicht auf Konsumenten begrenzte – AGB-Inhaltskontrollnorm zu schaffen (siehe dazu den Erläuternden Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf sowie den Text des Vorentwurfs vom 31. Juli 2006, abrufbar unter <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/01068/index.html?lang=de>).

Unabhängig von der VVG-Revision ist geplant, im Rahmen einer Änderung des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG) den Passus «in irreführender Weise» im Ingress von Art. 8 UWG zu streichen und stattdessen in Litera a «in gegen Treu und Glauben verstossender Weise» einzufügen. Da-

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern.

Meinem Assistenten Herrn Marc André Mauerhofer, MLaw, danke ich herzlich für die kritische und gründliche Durchsicht des Textes. Das Manuskript wurde am 30. Juni 2008 abgeschlossen.

diese Vorhaben aber zum Erfolg führen werden, ob sich der Gesetzgeber insbesondere zu einer (wenn auch vorerst vielleicht bloss rudimentären) Regelung einer AGB-Inhaltskontrolle durchringen wird, ist momentan noch völlig offen.

AGB-Recht ist in der Schweiz daher (noch) beinahe ausschliesslich Richterrecht, massgebend geprägt von den beiden Zivilabteilungen des Bundesgerichts<sup>3</sup>. Auffällig ist dabei das weitgehende *Fehlen einer AGB-spezifischen offenen Inhaltskontrolle*<sup>4</sup>, wie sie in der Lehre seit Jahrzehnten postuliert wird<sup>5</sup>. Ebenso auffällig ist aber auch, dass das

mit soll ein griffigeres Mittel gegen missbräuchliche AGB geschaffen werden. Die Vernehmlassungsfrist läuft noch bis zum 30. September 2008 (siehe dazu den Erläuternden Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb sowie den Text des Vorentwurfs, abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/pendent.html>).

Sodann hat Ständerätin Simonetta Sommaruga am 20. Dezember 2006 eine Parlamentarische Initiative 06.489 «Gegen missbräuchliche Klauseln im <Kleingedruckten>» eingereicht. Die Rechtskommission des Ständerates hat am 15. April 2008 beschlossen, der Initiative Folge zu geben, während die Rechtskommission des Nationalrates am 19./20. Juni 2008 die Initiative mit 12 zu 11 Stimmen ablehnte ([http://www.parlament.ch/cv-geschaefte?gesch\\_id=20060489](http://www.parlament.ch/cv-geschaefte?gesch_id=20060489) und <http://www.parlament.ch/D/Medienmitteilungen/Seiten/mm-rk-n-2008-06-20.aspx>).

<sup>3</sup> Bis Ende 2006 war für die Beurteilung von Versicherungsvertragsstreitigkeiten die II. Zivilabteilung zuständig (Art. 5 Ziff. 1 des Reglements für das Schweizerische Bundesgericht vom 14. Dezember 1978). Dementsprechend hatte diese Abteilung viele Fragen zum Recht der Allgemeinen Versicherungsbedingungen zu beurteilen. Seit 1. Januar 2007 gehören VVG-Fälle in den Zuständigkeitsbereich der I. zivilrechtlichen Abteilung (Art. 31 Abs. 1 lit. b des Reglements für das Bundesgericht vom 20. November 2006 [SR 173.110.131]).

<sup>4</sup> Dass AGB ebenso wie individuell ausgehandelte Vertragsbestimmungen an zwingenden Normen (wie z.B. Art. 100 oder 101 OR) und an allgemeinen Regeln (wie z.B. Art. 27 ZGB, Art. 21 OR etc.) gemessen werden, mithin grundsätzlich einer für das ganze Vertragsrecht massgebenden *generellen Inhaltskontrolle* unterliegen, versteht sich von selbst.

Vgl. als Beispiel für eine auf Art. 100 Abs. 2 OR gestützte offene Inhaltskontrolle von Banken-AGB BGE 112 II 450 (Banken als obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe). In BGE 109 II 116 konnte das Bundesgericht die Frage, ob Banken im Sinne dieser Bestimmung obrigkeitlich konzessioniert seien oder nicht, noch offen lassen.

<sup>5</sup> Vgl. dazu aus der grossen Fülle AGB-rechtlicher Literatur statt aller nur etwa INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Bern 2006, Rz. 46.01 ff.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Aufl. Zürich 2003, N 1150; ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht; 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen; 2. Teilband, Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages, Artikel 19–22 OR (im Folgenden: BK-KRAMER), Art. 19–20 N 270 ff.; AHMET KUT/ANTON K. SCHNYDER, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, hrsg. von MARC AMSTUTZ et al., Zürich 2007, Art. 1 OR N 62 f.; ANDREAS FURRER/MARKUS MÜLLER-CHEN, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2008, S. 143 f., Rz. 87 ff.; CLAIRE HUGUENIN, in: Basler Kom-

Bundesgericht seit einiger Zeit<sup>6</sup> unter dem Deckmantel der *Ungewöhnlichkeitsregel* – eigentlich einer Regel der *Gültigkeits- bzw. Konsenskontrolle*<sup>7</sup> – eine Art verdeckte Inhaltskon-

mentar, Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), hrsg. von HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND, 4. Aufl. Basel/Genf/München 2007, Art. 19/20 N 24 ff., je m.Nw.

Eine besonders umfassende Darstellung der AGB-Kontrollproblematik unter Berücksichtigung der versicherungsvertragsrechtlichen Besonderheiten findet sich bei STEPHAN FUHRER, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), hrsg. von HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ANTON K. SCHNYDER, Basel/Genf/München 2001 (im Folgenden: VVG-FUHRER), Art. 33 N 1 ff.

Eine auf den ersten Blick wichtige Ausnahme bildet BGE 119 II 443 E. 1c S. 447 f., wo das Bundesgericht in Ansätzen eine offene AGB-Inhaltskontrolle vornahm und eine *Klausel in Allgemeinen Versicherungsbedingungen als gegen Art. 8 UWG verstossend qualifizierte*. Die Tragweite dieses Entscheids darf aber nicht zu hoch eingeschätzt werden, weil das Bundesgericht die im Streit stehende AGB-Klausel in einem ersten Schritt bereits gestützt auf die Ungewöhnlichkeitsregel als unwirksam bezeichnete (a.a.O. E. 1a und b S. 445 ff.) und mit dem Hinweis auf Art. 8 UWG letztlich nur eine Zusatzbegründung für seinen Entscheid lieferte.

Auch in BGE 122 III 373 prüfte das Bundesgericht eine (Banken-)AGB-Klausel gestützt auf Art. 8 UWG und Art. 19 Abs. 2 OR, wobei es in diesem Fall die fragliche Klausel für inhaltlich zulässig hielt (zustimmend zu diesem Entscheid EUGEN BUCHER, Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankenverkehr? – Ein weiteres Mal Bemerkungen zu den AGB der Banken, recht 1997, S. 41 ff., spez. S. 55 f.).

<sup>6</sup> Zeitgeschichtlich interessant ist hier der Umstand, dass das Bundesgericht die in der Lehre schon seit langem postulierte und in den europäischen Rechtsordnungen allgemein anerkannte Ungewöhnlichkeitsregel (vgl. dazu etwa Art. 2.1.20 UNIDROIT Principles 2004 [surprising terms] oder § 305c Abs. 1 BGB) im *Schuldrecht* erst im Jahr 1983 im «Hühnerstall-Fall» (BGE 109 II 452) grundsätzlich rezipierte, während es dieser Regel früher skeptisch bis ablehnend gegenüberstand (vgl. dazu BGE 109 II 213 E. 2 S. 216 ff. [«Backofen-Fall»], 109 II 116 E. 2 S. 118 und 108 II 416 E. 1b S. 418). Vorher spielte die Ungewöhnlichkeitsregel allerdings bei der Beurteilung von *Gerichtsstandsklauseln* eine Rolle (ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 2. Aufl., Bern 2006, S. 384 f., Rz. 50 ff., m.Nw.). Heute ist die Ungewöhnlichkeitsregel nicht nur im «klassischen» Vertragsrecht, sondern – zumindest theoretisch – auch im *Berufsvorsorgerecht* von Bedeutung (siehe dazu etwa BGE 132 V 149 E. 5 S. 151, m.Nw.).

<sup>7</sup> Vgl. zu den verschiedenen Kontrollstufen der AGB-Prüfung schematisch kurz THOMAS KOLLER, Bundesgerichtsentscheide zum Allgemeinen Teil des OR und zum Kaufrecht, hrsg. von THOMAS KOLLER/IVO SCHWANDER, St. Gallen 2004, S. 163 f., und ausführlich DERS., Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – dargestellt anhand einer Deckungsausschlussklausel in der Betriebshaftpflichtversicherung, recht 1999, S. 43 ff.; einlässlich auch VVG-FUHRER (FN 5), Art. 33 N 39 ff.

Methodisch unsauber argumentierte das Bundesgericht noch in BGE 109 II 213 («Backofen-Fall»), in dem es im Zusammen-

trolle vornimmt<sup>8</sup>. Die Scheu unseres höchsten Zivilgerichts, Allgemeine Geschäftsbedingungen methodenehrlich einer offenen Inhaltsprüfung zu unterziehen, ist offenkundig.

Die Lehre hofft seit Jahren auf einen Fall, in dem die Ungewöhnlichkeitsregel – zum Beispiel, weil das Kriterium der subjektiven Ungewöhnlichkeit nicht erfüllt ist – nicht zum Schutz des Vertragsgegners des AGB-Verwenders führen kann, ein Schutz des AGB-Verwenders selbst aber dennoch stossend wäre. Sollte dann «zufälligerweise» die auf der Ebene der Auslegungskontrolle anzusiedelnde Unklarheitenregel<sup>9</sup> auch nicht als Hintertürchen verwendet werden können, so müsste eigentlich – endlich einmal – der Weg für eine offene Inhaltskontrolle geebnet sein. In letzter Zeit konkretisierte sich diese Hoffnung in einer ganz bestimmten Fallkonstellation, die sich für eine offene Inhaltskontrolle hervorragend geeignet hätte. Wie sich vor kurzem zeigte, hat sich diese Hoffnung nun aber leider erneut zerschlagen. Einmal mehr konnte sich das Bundesgericht mit Hilfe der Ungewöhnlichkeitsregel einer Auseinandersetzung mit der offenen AGB-Inhaltskontrolle entziehen. Die in der Literatur im Anschluss an den «Fussballclub-Lohn-Fall»<sup>10</sup> geäusserten Beschwörungen, nach den (grundlegenden) Bekenntnissen zur materiellen Vertragsgerechtigkeit werde das Bundesgericht nicht mehr umhin können, bei nächster Gelegenheit endlich eine Inhaltskontrolle von AGB vorzunehmen<sup>11</sup>, haben leider (noch) keine Wirkung gezeigt. Das entsprechende (nur in einer Dreierbesetzung gefällte) Urteil<sup>12</sup> ist aber dennoch von Interesse, weil es die methodologischen und praktischen Unzulänglichkeiten der verdeckten Inhaltskontrolle sehr schön illustriert.

## II. Der Fall

### 1. Ausgangslage

Dem hier interessierenden Urteil lag folgender Fall zugrunde: Ein bei einer Personalverleihfirma angestellter Arbeitnehmer

hang mit der Ungewöhnlichkeitsregel den Ausdruck «Inhaltskontrolle» verwendete (BGE 109 II 213 E. 2a S. 217).

<sup>8</sup> Einlässlich zur verdeckten Inhaltskontrolle VVG-FUHRER (FN 5), Art. 33 N 210 ff.

<sup>9</sup> Als leading case aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Unklarheitenregel kann BGE 115 II 264 bezeichnet werden. Weitere Nachweise zu dieser Regel finden sich in BGE 124 III 155 E. 1b S. 159 («Terminoptionen-Fall») und insbesondere in 122 III 118 E. 2a S. 121.

Wie das Bundesgericht immer wieder betont hat, kommt die Unklarheitenregel allerdings nur (subsidiär) zur Anwendung, wenn vorgängig die allgemeinen Auslegungsregeln zu keinem Ergebnis geführt haben (BGE 122 III 118 E. 2d S. 124 [«Stufenfolge der Auslegungsgrundsätze»], m.Nw.).

<sup>10</sup> BGE 123 III 292 (betreffend Übervorteilung gemäss Art. 21 OR).

<sup>11</sup> WOLFGANG WIEGAND, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1997, ZBJV 1998, S. 677 ff., S. 689; VVG-FUHRER (FN 5), Art. 33 N 229.

<sup>12</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_187/2007 vom 9. Mai 2008.

erlitt im Jahr 1998 auf einer Baustelle einen schweren Unfall. In der Folge versuchte der Unfallversicherer (konkret: die SUVA), welcher dem verunfallten Arbeitnehmer die gesetzlich geschuldeten Leistungen erbracht hatte, auf den Einsatzbetrieb bzw. auf dessen Betriebshaftpflichtversicherung zu regressieren. Nachdem der Einsatzbetrieb in Konkurs gefallen war und die Konkursverwaltung die Ansprüche gegen die Betriebshaftpflichtversicherung dem Unfallversicherer abgetreten hatte, beschränkte sich der Prozess auf diese beiden Parteien.

Der Regressanspruch des Unfallversicherers gegen den Einsatzbetrieb stützte sich auf die im Unfallzeitpunkt geltenden Art. 41 ff. aUVG<sup>13</sup>. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass der Einsatzbetrieb gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung<sup>14</sup> nicht in den Genuss des Regressprivilegs von Art. 44 Abs. 2 aUVG<sup>15</sup> kam, weil beim Personalverleih nicht der Einsatzbetrieb, sondern die Verleihfirma formell Arbeitgeberin des Temporärarbeitnehmers ist. Hätte kein Personalverleihverhältnis vorgelegen, hätte es sich also beim Verunfallten um einen Angestellten des «Einsatz»betriebes gehandelt, so hätte der Unfallversicherer nur regressieren können, wenn der Belangte den Unfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat<sup>16</sup>. Bei einem Personalverleihverhältnis dagegen muss sich der Einsatzbetrieb aufgrund der erwähnten höchstrichterlichen Praxis einen Regress auch dann gefallen lassen, wenn der Unfall

<sup>13</sup> Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (SR 832.20).

Diese Bestimmungen wurden mit Wirkung ab 1. Januar 2003 durch Art. 72 ff. ATSG (Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000; SR 830.1) ersetzt.

<sup>14</sup> BGE 123 III 280; siehe dazu THOMAS KOLLER, Kein Haftungsprivileg für Einsatzbetriebe bei Berufsunfällen von Temporärarbeitnehmern, AJP 1997, S. 1297 ff.

Art. 44 Abs. 2 aUVG beinhaltete sowohl ein Haftungs- als auch ein Regressprivileg (BGE 127 III 580 E. 1 S. 581, m.Hw.). Genau genommen hat das Bundesgericht in BGE 123 III 280 nur entschieden, der Einsatzbetrieb könne sich gegenüber dem verunfallten Temporärarbeitnehmer nicht auf das Haftungsprivileg berufen. Die Ausdehnung dieser Rechtsprechung auf das Regressprivileg wurde in casu allerdings nicht bestritten, und zwar sachlich zu Recht (dazu einlässlich TH. KOLLER, Kein Haftungsprivileg für Einsatzbetriebe, a.a.O., S. 1299 f. Bemerkung 3; vgl. ebenso DERS., Die Haftung des Arbeitgebers und das Sozialversicherungsrecht, AJP 1997, S. 428 ff., S. 439 f.). Damit bleibt BGE 123 III 280 auch unter der Herrschaft von Art. 75 ATSG, der nur noch das Regressprivileg kennt, von Bedeutung.

<sup>15</sup> Heute: Art. 75 Abs. 2 ATSG.

<sup>16</sup> Bei einer juristischen Person muss demgemäss ein Organ grobfahrlässig oder vorsätzlich gehandelt haben (TH. KOLLER, Die Haftung des Arbeitgebers [FN 14], S. 437; siehe dazu auch DERS., Schleichende Einschränkung des Haftungsprivilegs von Art. 44 Abs. 2 UVG durch schleichende Ausweitung des Organbegriffs nach Art. 55 Abs. 2 ZGB – Bemerkungen zu BGE 4C.296/2001, recht 2002, S. 122 ff.).



auf sein bloss leicht fahrlässiges Verhalten zurückzuführen ist oder seine Haftung gar nur auf einem Kausalhaftungsstatbestand beruht. In casu war im Verhältnis zwischen dem Einsatzbetrieb und dem Verunfallten zumindest der Tatbestand von Art. 55 OR erfüllt, weil auf der Baustelle die notwendigen und vorgeschriebenen Sicherheitsmassnahmen unterlassen worden waren.

Der Anspruch des Unfallversicherers gegen die Betriebshaftpflichtversicherung beruhte auf der Abtretung des Anspruches des Einsatzbetriebes gegen seinen Haftpflichtversicherer<sup>17</sup>. Die Betriebshaftpflichtversicherung bestritt nun aber ihre Leistungspflicht unter Verweisung auf eine Deckungsausschlussklausel in ihren Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB). Diese Deckungsausschlussklausel (Art. 7 lit. b AVB) ist hier von zentralem Interesse und lautet wie folgt:

«Von der Versicherung ausgeschlossen sind:

[...]

b) Ansprüche aus Personenschäden, von denen eine durch den Versicherungsnehmer aufgrund eines Arbeiterstellungsvertrages (Arbeitsmiete bzw. Dienstmiete) beschäftigte Person in Ausübung ihrer arbeitsvertraglichen oder geschäftlichen Verrichtung für den versicherten Betrieb betroffen wird. Der Ausschluss ist dabei auf den Teil des Schadens beschränkt, für den der Versicherungsnehmer nicht ersatzpflichtig wäre, wenn er die Prämie für die obligatorische Versicherung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten selber bezahlt hätte.»

Für Personen ohne juristische Spezialkenntnisse ist diese Bestimmung, wie das Bundesgericht zutreffend erklärt, kaum verständlich<sup>18</sup>. Für den Kenner der Materie ist deren Stossrichtung indessen klar. Deckungsausschlussklauseln dieser Art finden sich – wie der Haftpflichtversicherer in casu geltend machte und wie bei Insidern allgemein bekannt ist – seit Jahrzehnten in den AVB praktisch sämtlicher Betriebshaftpflichtversicherungen<sup>19</sup>. Offenkundig gingen die Haftpflichtversicherer schon vor BGE 123 III 280 vorsichtshalber davon aus, dass Einsatzbetriebe nicht in den Genuss des Haftungs- und des Regressprivilegs kommen könnten und dass daher die Haftungsrisiken für Berufsunfälle bei Einsatzbetrieben höher sein könnten als bei gewöhnlichen Arbeitgebern<sup>20</sup>. *Diese Deckungsausschlussklauseln sind Teil einer Abwehrstrategie der Haftpflichtversicherer gegen den Regress der*

*Unfallversicherer*: In Vergleichsverhandlungen kann der Einsatzbetrieb bzw. sein Haftpflichtversicherer jedenfalls bei hohen Schadenssummen den fehlenden Versicherungsschutz ins Feld führen und durchblicken lassen, dass die geltend gemachten Ansprüche das Unternehmen ruinieren, womit der Unfallversicherer in sozial unverantwortlicher Weise Arbeitsplätze vernichten würde<sup>21</sup> (ein Argument, das dann allerdings im – wie hier – aus andern Gründen eingetretenen Konkurs des Einsatzbetriebes nicht mehr verfängt...).

## 2. Der bundesgerichtliche Entscheid

Das Bundesgericht gab – wie schon das Handelsgericht des Kantons Zürich als Vorinstanz<sup>22</sup> – dem gegen die Betriebshaftpflichtversicherung klagenden Unfallversicherer gestützt auf die *Ungewöhnlichkeitsregel* recht. Im Ergebnis verfiel somit die Berufung des Haftpflichtversicherers auf die Deckungsausschlussklausel nicht.

Dem Resultat kann ohne weiteres zugestimmt werden<sup>23</sup>. Im Hinblick auf den Umstand, dass die im Streit stehende AVB-Klausel von praktisch allen Betriebshaftpflichtversicherern verwendet wird, ist es allerdings nicht nur aus methodologischen, sondern auch aus prozessökonomischen Gründen bedauerlich, dass sich das Bundesgericht ebenso wie das Handelsgericht des Kantons Zürich zumindest vordergründig nur auf eine «Konsenskontrolle» statt auf eine Inhaltskontrolle eingelassen hat. *Denn ein Entscheid, der eine AVB-Klausel als ungewöhnlich qualifiziert, ist an sich nicht verallgemeinerungsfähig*. Die Ungewöhnlichkeitsregel kommt nur dann zum Tragen, wenn unter anderem auch das Kriterium der subjektiven Ungewöhnlichkeit erfüllt ist, und grundsätzlich hätte es jeder AGB-Verwender in der Hand, den Vertragsgegner bei Vertragsschluss derart klar über die Tragweite einer AGB-Klausel aufzuklären, dass die subjektive Ungewöhnlichkeit entfällt<sup>24</sup>. Ein- und dieselbe AGB-Klausel kann daher theoretisch im einen Fall ungewöhnlich sein und im andern nicht. Eine andere Frage ist es – insbesondere wenn man in Betracht zieht, wie in der Regel Versicherungsverträge, Bankverträge etc. abgeschlossen werden –, ob mit einer solchen die Ungewöhnlichkeit beseitigenden Aufklärung in der Praxis effektiv zu rechnen ist.

Von Interesse ist im vorliegenden Zusammenhang aber nicht so sehr der Ausgang des skizzierten Verfahrens, son-

<sup>17</sup> Gemäss Art. 60 VVG steht dem Geschädigten am Ersatzanspruch des Versicherungsnehmers gegenüber seiner Haftpflichtversicherung ein Pfandrecht zu. Dieses Pfandrecht geht als Nebenrecht i.S.v. Art. 170 Abs. 1 OR auf den Unfallversicherer über, soweit er gestützt auf Art. 41 aUVG bzw. Art. 72 ATSG in die Haftpflichtforderung subrogiert (vgl. dazu auch BGE 124 III 222 E. 3 S. 225 und 119 II 289 E. 5b S. 294, je m.Hw.).

<sup>18</sup> E. 5.5 des hier besprochenen Entscheids.

<sup>19</sup> TH. KOLLER, Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (FN 7), S. 44. Die französische Fassung von Art. 7 lit. b AVB findet sich a.a.O., S. 44.

<sup>20</sup> TH. KOLLER, Die Haftung des Arbeitgebers (FN 14), S. 439.

<sup>21</sup> TH. KOLLER, Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (FN 7), S. 59.

<sup>22</sup> Urteil und Beschluss vom 17. April 2007 (Geschäfts-Nr. HG 050070).

<sup>23</sup> Siehe zur Problematik der hier interessierenden Deckungsausschlussklausel einlässlich TH. KOLLER, Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (FN 7), S. 43 ff.

<sup>24</sup> SCHWENZER (FN 5), Rz. 45.12; ähnlich ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht; 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen; 1. Teilband, Allgemeine Einleitung, Artikel 1 und 2 OR (im Folgenden: BK-KRAMER), Art. 1 N 208.

dem wie das Bundesgericht die Ungewöhnlichkeit der umstrittenen AVB-Deckungsausschlussklausel begründet.

### 3. Die bundesgerichtlichen Erwägungen

#### a) Das Kriterium der subjektiven Ungewöhnlichkeit

#### aa) Die vertrauenstheoretische Fundierung des Kriteriums der subjektiven Ungewöhnlichkeit und deren Problematik

Zum Kriterium der *subjektiven Ungewöhnlichkeit* führt das Bundesgericht aus, gemäss der Ungewöhnlichkeitsregel seien von der global erklärten Zustimmung zu den AVB alle (objektiv) ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden sei. Der Versicherer, der die AVB in den Vertrag eingebaut habe, *müsse nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass ein unerfahrener Versicherungsnehmer ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimme*<sup>25</sup>. Die (subjektive) Ungewöhnlichkeit beurteile sich aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Die Berteilung erfolge bezogen auf den Einzelfall; auch eine branchenübliche Klausel könne für den Branchenfremden ungewöhnlich sein<sup>26</sup>.

Diese Ausführungen bewegen sich auf den ersten Blick im Rahmen des Üblichen und sind daher nicht überraschend. Immerhin bringen sie einmal mehr auf den Punkt, was in der Praxis oft übersehen wird: Wer sich als AGB-Verwender auf eine objektiv ungewöhnliche AGB-Klausel beruft, kann nicht leichthin behaupten, sein Kontrahent habe diese Klausel mit der Globalübernahme akzeptiert. *Zu Recht setzt das Bundesgericht die Schwelle für die Beseitigung der subjektiven Ungewöhnlichkeit relativ hoch an, indem es betont, im Zweifel sei davon auszugehen, dass ein unerfahrener Versicherungsnehmer einer (objektiv) ungewöhnlichen Klausel nicht zugestimmt habe.* Das kann man problemlos auf andere Verträge – etwa im Bankbereich etc. – ausdehnen. Die vertrauenstheoretisch fundierte Begründung des Bundesgerichts lässt ohne weiteres den Schluss zu, dass zumindest in jeder Konsumentenbeziehung, sehr oft aber auch – wie in casu – in gewerblichen Beziehungen ungewöhnliche AGB-Klauseln in der Regel nicht vom Konsens gedeckt sind. Darin manifestiert sich immerhin eine bemerkenswerte Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung in den letzten Jahrzehnten. Denn vor noch nicht einmal ganz 30 Jahren schien eher zu gelten, dass die Ungewöhnlichkeitsregel, wenn über-

haupt, nur in seltenen Fällen zur Anwendung kommen könne<sup>27</sup>.

In methodologischer Hinsicht ist die vertrauenstheoretische Argumentation bei genauerer Betrachtung<sup>28</sup> allerdings zwiespältig. Auf der einen Seite kann die oben zitierte Erwägung als Ausdruck einer wichtigen Entwicklung in der bundesgerichtlichen AGB-Rechtsprechung zur Ungewöhnlichkeitsregel interpretiert werden. Ursprünglich basierte diese Rechtsprechung auf der Praxis zur «ungelesen unterzeichneten Urkunde»<sup>29</sup> und *hatte primär den Schutz des Verwenders der AGB im Auge*, dem ein schützwürdiges Vertrauen zugebilligt wurde, sein Vertragspartner sei mit allem einverstanden, was er – wenn auch ungelesen oder unverstanden – unterschreibt. Noch im «Hühnerstall-Fall» betonte das Bundesgericht diese Sichtweise, indem es ausführte, auf die individuellen Vorstellungen des Zustimmungenden dürfe nur soweit abgestellt werden, als sie der Gegenpartei (also dem AGB-Verwender) erkennbar seien<sup>30</sup>. *Im Ansatz ging somit das Bundesgericht früher von einer grundsätzlichen Schutzbedürftigkeit des AGB-Verwenders aus, die nur ausnahmsweise durchbrochen werden konnte.* Bereits in BGE 119 II 443 E. 1a S. 446 und nunmehr auch im vorliegenden Fall liegt die Betonung anders: *Neu scheint das Bundesgericht den Vertrauensgrundsatz nicht mehr als Basis, sondern als Grenze für die Gültigkeit global akzeptierter AGB aufzufassen.* Das wäre ein eigentlicher und für die Praxis nicht unwesentlicher Paradigmenwechsel: So gewendet würde – endlich – das Vertrauensprinzip nicht mehr primär dem Schutz des Verwenders, sondern zumindest im Ansatz dem Schutz des Vertragspartners dienen. In der Literatur wird diese Optik längst vertreten, und zwar mit der (einleuchtenden) Begründung, der Verwender der AGB dürfe nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, der Kunde sei auch mit Ungewöhnlichem einverstanden<sup>31</sup>. Ob das Bundesgericht selber allerdings (auch) einen solchen Paradigmenwechsel vollziehen wollte, ist nicht sicher, führt es doch in casu weiter (relativierend) aus, nach dem Vertrauensprinzip seien die persönlichen Vorstellungen des Versicherungsnehmers (nur) soweit massgebend, als sie für den Versicherer erkennbar seien<sup>32</sup>.

<sup>25</sup> Vgl. dazu bereits auch BGE 119 II 443 E. 1a S. 446 («La partie, qui incorpore des conditions générales dans le contrat, doit s'attendre, d'après le principe de la confiance, à ce que son partenaire contractuel inexpérimenté n'adhère pas à certaines clauses insolites.»).

<sup>26</sup> E. 5.1 des hier diskutierten Urteils.

<sup>27</sup> Vgl. dazu BGE 108 II 416 E. 1c S. 419 («Dans une telle situation, l'application éventuelle de la règle de l'inhabituel à la clause de résiliation litigieuse ne pourrait se faire que de manière extrêmement restrictive.»). Der diesem Urteil zugrunde liegende Fall ist allerdings mit dem hier interessierenden nur sehr beschränkt vergleichbar.

<sup>28</sup> Die auf frühere Urteile zurückgeht (BGE 109 II 213 E. 2a S. 217; 108 II 416 E. 1b S. 418; 76 I 338 E. 4 S. 350, m.w.Nw.).

Vgl. zur vertrauenstheoretischen Fundierung der Ungewöhnlichkeitsregel auch BK-KRAMER (FN 24), Art. 1 N 201 ff.

<sup>29</sup> Vgl. dazu ansatzweise bereits BGE 45 I 43 S. 47; sodann BGE 119 II 443 E. 1a S. 445 f.; 109 II 452 E. 4 S. 456; 108 II 416 E. 1b S. 418; 76 I 338 E. 4 S. 350 f., m.Nw.

<sup>30</sup> BGE 109 II 452 E. 5b S. 458.

<sup>31</sup> A. KOLLER (FN 6), S. 382 Rz. 39.

<sup>32</sup> E. 5.1 des hier diskutierten Entscheids.

Auf der andern Seite vermag aber auch eine allfällig modifizierte Sichtweise, die dem Verwender immer noch ein nicht unerhebliches schützenswertes Vertrauen zugesteht, nicht vollständig zu überzeugen. Letztlich hat ja kein Vertragspartner des AGB-Verwenders ein Interesse, einer objektiv ungewöhnlichen Klausel zuzustimmen. Er akzeptiert AGB global nicht aus lauter Lust und Freunde, sondern (1) weil er bei Vertragsschluss keine Zeit hat, die AGB zu lesen, (2) weil er die AGB nicht bzw. nicht vollumfänglich versteht, (3) weil er auf den Vertragsschluss angewiesen ist und keine Alternative findet, (4) weil er Verhandlungen über Modifikationen der AGB zu seinen Gunsten als sinnlos erachtet etc. All dies ist den Verwendern von AGB bestens bekannt: Sie rechnen damit, dass (insbesondere im Massengeschäft) viele ihrer Kontrahenten die AGB vor Vertragsschluss nicht lesen bzw. dass sie sie nicht verstehen. Sie wissen, dass dem Gegner keine sinnvolle Alternative bleibt, weil die meisten Konkurrenten ähnliche AGB haben (gerade der hier diskutierte Fall ist ein hervorragendes Beispiel für ein derartiges *faktisches Konditionenkartell*), und sie machen von Anfang an klar, dass AGB für sie nicht verhandelbar sind, sondern das Prinzip «Take it or leave it» gilt. Und dennoch sollen die Verwender das Globalakzept eines Kontrahenten in gewissen Fällen *nach Treu und Glauben* als (freudige?) Zustimmung zu objektiv ungewöhnlichen AGB interpretieren dürfen! Das wäre wohl – wenn überhaupt – nur angänglich, wenn der Verwender den Partner vor Vertragsschluss ausdrücklich auf die ungünstige Tragweite ganz konkreter Klauseln hinweist und ihm drastisch vor Augen führt, *dass diese konkreten kundenunfreundlichen Klauseln (und nicht einfach die AGB als Ganzes) conditio sine qua non für den Vertragsschluss sind*. Blosses Wissen des Gegners um eine ungewöhnliche Klausel – etwa von früheren Vertragsabschlüssen her – dürfte eigentlich nicht genügen, um beim Verwender ein schützenswertes Vertrauen in die Zustimmung des Kontrahenten entstehen zu lassen.

#### bb) Die Aufklärungsobliegenheit des AGB-Verwenders

In welchem Umfang das Bundesgericht einen AGB-Verwender mit einer solchen *Aufklärungsobliegenheit* belastet, steht allerdings nicht mit Sicherheit fest. Denn in seinen Erwägungen stellt es im Anschluss an BGE 119 II 443 E. 1a S. 446 darauf ab, ob die *weniger geschäftserfahrene* Partei bzw. der *unerfahrene* Vertragspartner auf ungewöhnliche Klauseln gesondert aufmerksam gemacht worden sei<sup>33</sup>. Dies wirft die Frage auf, bis wann jemand noch als unerfahren gelten kann. Ist ein Konsument, der schon oft Verträge ähnlicher Art abgeschlossen hat, im Sinne dieser Erwägungen geschäftserfahren? Ist jeder, der die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Verteilung des Fälschungsrisikos im Bankver-

kehr kennt<sup>34</sup> (an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern wären das z.B. sämtliche Jus-Studierenden gegen Ende des ersten Semesters, sofern sie die Vorlesung Privatrecht I besuchen und im entscheidenden Moment nicht gerade schlafen...), in Bezug auf entsprechende Bank-AGB-Klauseln geschäftserfahren? Ist jeder, der das hier diskutierte Bundesgerichtsurteil (oder eine Besprechung dieses Entscheids) gelesen hat, von da an geschäftserfahren in Sachen Deckungsausschlussklauseln im Zusammenhang mit Personalverleihverhältnissen? In seiner früheren Rechtsprechung scheint das Bundesgericht die «Geschäftserfahrung» durchaus in diesem weiten Sinn verstanden zu haben<sup>35</sup>. All dies zu bejahen hiesse aber nach meinem Dafürhalten, das Vertrauensprinzip zu Gunsten der AGB-Verwender zu überspannen. Dieses Prinzip ist letztlich (auch) dem *Grundsatz der Fairness* verpflichtet, und von Fairness kann kaum die Rede sein, wenn der AGB-Verwender jedes von seinem Vertragspartner auf irgendeine Weise erworbene Wissen um eine objektiv ungewöhnliche Klausel zu seinen Gunsten ins Feld führen könnte. *Vorzuziehen wäre daher eine umfassende Aufklärungsobliegenheit mit eigentlicher Warnfunktion.*

Für gewisse Fallkonstellationen scheint das Bundesgericht immerhin von einer solchen umfassenden Aufklärungsobliegenheit auch gegenüber geschäftserfahrenen Vertragspartnern auszugehen, führt es doch in casu – wiederum im Anschluss an BGE 119 II 443 E. 1a S. 446 – aus, auch die *schwächere* Partei sei auf ungewöhnliche Klauseln gesondert aufmerksam zu machen<sup>36</sup>. Schwäche ist im Rahmen der bundesgerichtlichen AGB-Rechtsprechung nicht bloss im Sinne von ökonomischer Unterlegenheit oder eines Wissensgefälles zu verstehen, sondern kann auch darin bestehen, dass dem Kontrahenten bei Ablehnung der AGB keine vernünftige Alternative zur Verfügung steht, weil mehr oder weniger sämtliche Konkurrenten des Verwenders die gleichen oder zumindest ähnliche AGB-Klausel zum Vertragsinhalt machen würden. Auch der wirtschaftlich Leistungsfähige, der Geschäftserfahrene oder der aufgrund anderer Umstände als «stark» Scheinende kann daher AGB-rechtlich «schwach» sein<sup>37</sup>. Nun handelt es sich bei der Schwäche an sich um ein Kriterium, welches *zusätzlich* zu den Kriterien der subjektiven und der objektiven Ungewöhnlichkeit (und unabhängig von diesen) erfüllt sein muss, damit die Ungewöhnlichkeitsregel zum Tragen kommt. Bereits im Leading Case seiner Rechtsprechung zur Ungewöhnlichkeitsregel, im

<sup>33</sup> E. 5.1 des hier besprochenen Urteils.

<sup>34</sup> BGE 111 II 263; 109 II 116; 108 II 314; BUCHER, Wie lange noch Belastung des Kunden (FN 5), S. 41 ff.; DERS., Wer haftet wem? – Zum Problem der Tragung des Risikos betrügerisch veranlasster Bankvergütungen, recht 1984, S. 97 ff.

<sup>35</sup> So deutlich etwa im Leading case BGE 109 II 454 («Hühnerstall-Fall»), in dem es sich unter anderem damit auseinandersetzte, ob die Beklagte «einmalige» Bauherrin war und daher die Usancen im Baugewerbe nicht kennen müsse.

<sup>36</sup> E. 5.1 der hier besprochenen Urteils.

<sup>37</sup> BGE 109 II 452 E. 5a S. 457 f.



so genannten «Hühnerstall-Fall»<sup>38</sup>, hat das Bundesgericht aber das Schwäche-Kriterium ansatzweise mit dem Kriterium der subjektiven Ungewöhnlichkeit verknüpft<sup>39</sup>. In BGE 119 II 443 E. 1a S. S. 446 und in casu erneut hat das Bundesgericht nun diese Verknüpfung noch stärker betont. Im Kampf gegen faktische Konditionenkartelle ist das eine verhältnismässig scharfe Waffe<sup>40</sup>.

Die erhebliche praktische Bedeutung der skizzierten Aufklärungsobliegenheit lässt sich anhand des hier diskutierten Falles plastisch illustrieren. Wäre der Deckungsausschluss, so wie vom Haftpflichtversicherer geltend gemacht, verbindlich, so könnte es sich kein vernünftiger Versicherungsnehmer leisten, in seinem Betrieb Temporärarbeitnehmer zu beschäftigen. Das mit einem solchen Einsatz verbundene Haftungsrisiko wäre viel zu hoch, weil ein einziger schwerer Unfall den Betrieb ruinieren könnte. Daher wären die Versicherungsnehmer vor Vertragsschluss dringend auf Aufklärung angewiesen, *ja die Versicherer hätten wohl sogar die Obliegenheit, Versicherungsnehmer ausdrücklich vor Leiharbeitsverhältnissen zu warnen*<sup>41</sup>. Leiharbeitsverhältnisse sind nun jedoch, wie die Erfahrung zeigt, insbesondere im Baugewerbe, aber auch sonst in vielen Branchen weit verbreitet. Dies kann als Indiz dafür betrachtet werden, dass die Versicherer ihrer Aufklärungsobliegenheit in aller Regel nicht nachkommen. Gleichzeitig belegen diese Ausführungen aber auch, wie unsinnig die fragliche Deckungsausschlussklausel im Grunde ist. Diesem Aspekt geht das Bundesgericht unter dem Gesichtspunkt der objektiven Ungewöhnlichkeit näher nach.

#### cc) Die subjektive Ungewöhnlichkeit im vorliegenden Fall

Die Frage, ob die umstrittene Deckungsausschlussklausel für den Versicherungsnehmer *im konkreten Fall* subjektiv

ungewöhnlich war, behandelt das Bundesgericht nur summarisch. Den Einwand des Haftpflichtversicherers, die fragliche Klausel sei in der Versicherungsbranche üblich und der Versicherungsnehmer müsse sie sich aufgrund ihrer verbreiteten Verwendung und Bekanntheit entgegenhalten lassen, kann es ohne weiteres mit dem Hinweis entkräften, auch branchenübliche Klauseln könnten für den Branchenfremden ungewöhnlich sein. Der Versicherungsnehmer habe gemäss den Feststellungen des Handelsgerichts des Kantons Zürich über keine besonderen Kenntnisse der Versicherungsbranche verfügt, weshalb die Ungewöhnlichkeit (auch) in subjektiver Hinsicht gegeben sei<sup>42</sup>.

#### b) Das Kriterium der objektiven Ungewöhnlichkeit

##### aa) Die Argumentation des Bundesgerichts im konkreten Fall

Die subjektive Ungewöhnlichkeit allein reicht nicht aus, um die Geltung global übernommener AGB einzuschränken. Erforderlich ist zusätzlich die *objektive Ungewöhnlichkeit*. Dieses Kriterium ist erfüllt – so das Bundesgericht in casu unter Berufung auf frühere Urteile –, wenn die umstrittene Klausel objektiv beurteilt einen *geschäftsfremden Inhalt* aufweist, d.h. *zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt und in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Vertragstypus fällt*. Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Versicherungsnehmers beeinträchtigt, desto eher sei sie als (objektiv) ungewöhnlich zu qualifizieren<sup>43</sup>. Entsprechend könne eine Haftungsbeschränkung der Versicherung als ungewöhnlich qualifiziert werden, wenn der durch Bezeichnung oder Werbung beschriebene Deckungsumfang erheblich reduziert werde, so dass gerade die häufigsten Risiken nicht mehr gedeckt seien<sup>44</sup>.

Im vorliegenden Fall sei in objektiver Hinsicht zu beachten, dass in der Baubranche die Beschäftigung von Temporärangestellten häufig vorkomme und das damit für den Einsatzbetrieb verbundene Haftungsrisiko erheblich sei. *Ein gänzlicher Ausschluss dieses Risikos widerspreche daher den berechtigten Deckungserwartungen eines Bauunternehmens beim Abschluss einer Betriebshaftpflichtversicherung*. Art. 7 lit. b AVB sehe denn auch nur einen teilweisen Haftungsausschluss vor. Dass dabei die Deckung für Haftung ohne oder für leichtes Verschulden ausgeschlossen sei, bei schwerem Verschulden aber Bestand habe, sei gemäss den zutreffenden Ausführungen des Handelsgerichts als ungewöhnlich bzw. überraschend zu qualifizieren. Weil dem Einsatzbetrieb – anders als dem gewöhnlichen Arbeitgeber – gemäss Art. 44 Abs. 2 aUVG gerade kein Haftungsprivileg zugestanden

<sup>38</sup> BGE 109 II 452.

<sup>39</sup> BGE 109 II 452 E. 5a 458.

<sup>40</sup> Bei hinreichender Aufklärung – die in der Praxis allerdings selten anzutreffen sein dürfte – ist aber gegen Konditionenkartelle mit der Ungewöhnlichkeitsregel naturgemäss nichts auszurichten.

<sup>41</sup> TH. KOLLER, Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (FN 7), S. 58.

Die praktische Bedeutung der Aufklärungsobliegenheit des AGB-Verwenders (oder gar einer Warnpflicht!) lässt sich problemlos auch anhand der in Bankverträgen üblichen (aber nach meinem Dafürhalten dennoch objektiv ungewöhnlichen) *Risikoverteilklausel* belegen. Werden praktisch sämtliche Fälschungsrisiken auf den Bankkunden abgewälzt, so kann sich im Grunde niemand mehr ein Bankkonto leisten (dazu ausführlich BUCHER, Wie lange noch Belastung des Kunden [FN 5], S. 41 ff., und DERS., Wer haftet wem? [FN 34], S. 97 ff.). Daher müsste man an sich die Banken verpflichten, ihre Kunden rechtzeitig darauf aufmerksam zu machen, wie gefährlich, ja unter Umständen gar ruinös ein Bankkonto für den Inhaber sein kann ...

<sup>42</sup> E. 5.4.3 des hier besprochenen Entscheids.

<sup>43</sup> E. 5.1 des hier diskutierten Entscheids. Grundlegend dazu bereits BGE 119 II 443 E. 1a S. 446 und 109 II 452 E. 5b S. 458.

<sup>44</sup> E. 5.1 in fine des hier diskutierten Entscheids.

habe, sei der Einsatzbetrieb im Streitfall gegenüber der Versicherung gezwungen, sich grobfahrlässigen Verhaltens zu berufen, um den Deckungsanspruch zu begründen, wogegen die Versicherung zu ihrer Entlastung die gehörige Erfüllung der Sorgfaltspflichten der Gegenpartei zu behaupten habe. Dass eine Partei bei regelkonformem oder bloss leicht fahrlässigem Verhalten schlechter gestellt sei als bei schwerem Verschulden, widerspreche den Grundwerten der Rechtsordnung. Die zu einem derartigen Ergebnis führende Regelung in Art. 7 lit. b AVB sei daher von der Versicherungsnehmerin nicht zu erwarten gewesen und sei vom Handelsgericht zu Recht als ungewöhnlich qualifiziert worden<sup>45</sup>.

### bb) Allgemeine Bemerkungen

Die allgemeinen Ausführungen des Bundesgerichts zur objektiven Ungewöhnlichkeit bewegen sich im Rahmen des Üblichen und sind – für sich betrachtet – überzeugend. Einmal mehr zeigt es sich (was an sich längst bekannt ist, von AGB-Verwendern aber immer wieder übersehen wird), dass branchenübliche AGB-Klauseln durchaus objektiv ungewöhnlich im Sinne der AGB-Rechtsprechung sein können<sup>46</sup>. Die objektive Ungewöhnlichkeit einer Vertragsbestimmung misst sich eben nicht an der «Üblichkeit», sondern an ihrem Bezug zum Geschäftskern: Ungewöhnlich ist auch das, was alle tun, falls es das fragliche Geschäft wesentlich verändert. Der Begriff «Ungewöhnlichkeit» bringt dies allerdings nicht plastisch zum Ausdruck; letztlich geht es bei der objektiven Ungewöhnlichkeit um eine *Verfremdung des ganzen Geschäfts*.

Auch die Erwägungen des Bundesgerichts zum konkreten Fall leuchten ein. Eine Betriebshaftpflichtversicherung, welche für eine in der Praxis weit verbreitete und wirtschaftlich sinnvolle Konstellation – der Beschäftigung von Temporärarbeitnehmern – keine Risikodeckung bietet, ist für den Versicherungsnehmer (insbesondere in der Baubranche) sinnlos. Letztlich taugt eine Haftpflichtversicherung, welche berechnete Deckungserwartungen nicht erfüllt, zu nichts<sup>47</sup>.

### cc) Eine weiterführende Überlegung: die objektive Ungewöhnlichkeit als Bestandteil der Inhaltskontrolle

Nunmehr besteht Anlass zu einer weiterführenden Überlegung. Das vorstehend skizzierte Kriterium der objektiven Ungewöhnlichkeit verlangt von den Gerichten zwangsläufig

*fig eine wertende Beurteilung des Vertragsinhalts*. Denn ob eine strittige AGB-Klausel einen geschäftsfremden Inhalt aufweist und zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt, kann nur entschieden werden, wenn das Geschäft als Ganzes gewürdigt wird. *Im Grunde führt daher die Prüfung des Kriteriums der objektiven Ungewöhnlichkeit zu einer Kontrolle des Vertragsinhalts*. Bereits BGE 119 II 443 hat dies sehr eindrücklich gezeigt: Nachdem das Bundesgericht die damals umstrittene Deckungsausschlussklausel als objektiv ungewöhnlich qualifiziert hatte, kam es rasch – und überzeugend – zum Schluss, dass diese damit auch gegen Art. 8 lit. a UWG verstosse, weil sie von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweiche. Im vorliegenden Fall verhält es sich ähnlich. Ganz besonders deutlich wird dies am Schluss von E. 5.4.2, wo das Bundesgericht ausführt, *die umstrittene Klausel widerspreche den Grundwerten der Rechtsordnung*. Dass eine Vertragsklausel, welche den Grundwerten der Rechtsordnung widerspricht, vor Zivilgerichten keinen Bestand haben kann, liegt auf der Hand. *Was aber ist das anderes als eine Inhaltskontrolle?*

Der vorliegende Fall macht somit (einmal mehr) deutlich, dass sich die objektive Ungewöhnlichkeit von der Inhaltskontrolle im Grunde gar nicht unterscheiden lässt. Ein Blick auf *mögliche AGB-spezifische Inhaltskontrollkriterien* zeigt, weshalb das so ist. Als gesetzliche Anknüpfungsmöglichkeiten für eine besondere AGB-Inhaltskontrolle kommen einerseits die *Spezialnorm von Art. 8 UWG* und andererseits die *Generalklausel von Art. 19 Abs. 2 OR mit dem Kriterium der öffentlichen Ordnung* in Betracht. Art. 8 UWG hat – sieht man von der problematischen Tatbestandsvoraussetzung der irreführenden Weise im Ingress ab – Allgemeine Geschäftsbedingungen im Auge, die entweder *von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen* (lit. a) oder *eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen* (lit. b). Um Art. 19 Abs. 2 OR für eine AGB-Inhaltskontrolle fruchtbar machen zu können, muss zuerst ein *Bezugsrahmen für das Kriterium der öffentlichen Ordnung* gefunden werden, an welchem im Streit stehende AGB-Klauseln gemessen werden können. In der Literatur wurde etwa geltend gemacht, AGB würden dann gegen die öffentliche Ordnung verstossen, (a) wenn *in AGB dispositives Recht einseitig und systematisch wegbedungen werde*, (b) wenn *eine AGB-Klausel zu einer der Vertragsnatur widersprechenden Verteilung der Vertragspflichten führe* (Verstoss gegen den Vertragszweck), (c) wenn *eine AGB-Klausel gegen zentrale Wertungs- und Ordnungsprinzipien der Rechtsordnung verstosse* oder (d) wenn *sie das Prinzip der besseren Risikobeherrschung und das Transparenzgebot verletze*<sup>48</sup>. Man setze diese Kriterien in Vergleich zum Tat-

<sup>45</sup> E. 5.4.2 des hier diskutierten Entscheids.

<sup>46</sup> Siehe dazu eindrücklich bereits den «Hühnerstall-Fall» (BGE 109 II 452) betreffend die SIA-Norm 118.

Die gegenteilige Auffassung hätte zur Folge, dass die Ungewöhnlichkeitsregel nie gegen faktische Konditionenkartelle eingesetzt werden könnte.

<sup>47</sup> Im Wesentlichen ebenso bereits TH. KOLLER, Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (FN 7), S. 56, zur französischen Fassung der gleichen Deckungsausschlussklausel.

<sup>48</sup> Ausführlich dazu TH. KOLLER, Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (FN 7), S. 58 ff., m.Nw.; ähnlich auch VVG-FUHRER (FN 5), Art. 33 N 202 ff.



bestandsmerkmal der objektiven Ungewöhnlichkeit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung: Objektiv ungewöhnlich ist eine geschäftsfremde Klausel, die zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt und in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Vertragstypus fällt, ja in casu gar den Grundwerten der Rechtsordnung widerspricht. Diese Umschreibung passt bestens zu den skizzierten Inhaltskontrollkriterien<sup>49</sup>. Unter diesen Umständen erstaunt es nicht, dass unter dem Deckmantel der Ungewöhnlichkeitsregel letztlich immer eine (nicht als solche deklarierte) AGB-Inhaltskontrolle vorgenommen wird.

### III. Fazit

Die vom Bundesgericht praktizierte AGB-Kontrolle gestützt auf die Ungewöhnlichkeitsregel hat einen zwiespältigen Charakter. Formal handelt es sich um eine blossе Geltungskontrolle, faktisch indessen über weite Strecken um eine Inhaltskontrolle. Dass diese Inhaltskontrolle unter einem Deckmantel erfolgt, ist methodologisch unschön<sup>50</sup>. Dies wäre allerdings für sich genommen nicht allzu problematisch. Ob das Bundesgericht methodisch «rein» argumentiert oder nicht, ist mehr von akademischem Interesse, wenn das Ergebnis stimmt. Bedeutsamer ist der Umstand, dass diese verdeckte Inhaltskontrolle zwei Schwächen aufweist, die sich in der Praxis auswirken.

Zum einen gibt es zwar relativ viele Urteile, in denen sich das Bundesgericht mit der Ungewöhnlichkeitsregel auseinandersetzt, aber nur *wenige, in denen es das Kriterium der objektiven Ungewöhnlichkeit als erfüllt erachtet hat*. Neben dem hier diskutierten (nicht zur Publikation bestimmten) Entscheid und den vorliegend nicht interessierenden Gerichtsstandsklauselfällen<sup>51</sup> sind dies soweit ersichtlich bloss noch BGE 109 II 452 («Hühnerstall-Fall»), BGE 119 II 443 («Kaskoversicherungs-Fall») und das Urteil 5C.74/2002 vom 7. Mai 2002<sup>52</sup>. In diesen drei andern Fällen waren – eben-

so wie im hier besprochenen Fall – die im Streit stehenden AGB-Klauseln nach meiner Beurteilung sehr krass. *Offenkundig legt das Bundesgericht an das Kriterium der objektiven Ungewöhnlichkeit einen strengen Massstab an*<sup>53</sup>. Ob diese höchstrichterliche Strenge stets sachlich richtig war, sei hier dahingestellt, darf aber doch bezweifelt werden<sup>54</sup>. Man kann sich jedenfalls nur schwer vorstellen, dass im schweizerischen Rechtsalltag objektiv ungewöhnliche Klauseln effektiv so selten sind. *Einen grossen Schutz für Vertragspartner von AGB-Verwendern bietet die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Ungewöhnlichkeitsregel mithin nicht*. Von grösserem Interesse ist im vorliegenden Zusammenhang allerdings eine andere Auswirkung dieses Mangels an die objektive Ungewöhnlichkeit bejahenden höchstrichterlichen Entscheiden: Die Konturen dieses Kriteriums müssen bei so wenigen «positiven» Urteilen notgedrungen unscharf bleiben<sup>55</sup>. Damit bleiben aber zwangsläufig auch die Konturen

Als sehr altes Beispiel für eine ungewöhnliche Vertragsklausel kann die in einem (umfangreichen, handschriftlichen und schwer lesbaren) Pfandvertrag versteckte Solidarbürgschaftsklausel erwähnt werden, die in BGE 49 II 167 zu beurteilen war. Gelöst wurde der Fall damals allerdings nicht über die (noch unbekannte) Ungewöhnlichkeitsregel, sondern über den Erklärungsirrtum gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR (error in negotio).

<sup>53</sup> Das dürfte wohl auch im internationalen Vergleich gelten. Nach den Unidroit Principles etwa wäre eine Vertragsklausel ungewöhnlich, wenn sie einen Inhalt aufweist, den «... a reasonable person of the same kind as the adhering party would not have expected it in the type of standard terms involved» (Ziff. 2 des Kommentars zu Art. 2.1.20 der Unidroit Principles, in: Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004, Rom 2004, S. 68). Die so umschriebene Ungewöhnlichkeitsschwelle scheint niedriger zu liegen als nach schweizerischem Recht, würde doch schon eine unvernünftige, und nicht erst eine geschäftsfremde AGB-Klausel genügen.

Ob bzw. inwieweit die bundesgerichtliche Strenge auf WILHELM SCHÖNENBERGER/PETER JÄGGI, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 1a, 3. Aufl. Zürich 1973 (im Folgenden: ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI), Art. 1 N 499 zurückgeht («Mit der Annahme einer Ungewöhnlichkeit ist es aber nicht leicht zu nehmen. Denn wer global zustimmt, muss immerhin eine gewisse Variationsbreite des im einzelnen nicht bedachten Inhalts in Kauf nehmen.»), sei hier dahin gestellt. Zu Recht kritisch zu diesem Ansatz A. KOLLER (FN 6), S. 384, Rz. 47.

<sup>54</sup> So könne man sich z.B. fragen, ob der Einredenverzicht des Bäckermeisters, der einen Backofen kauft, im Kaufvertrag zugunsten einer Bank, an welche der Verkäufer die Kaufpreisrestanzforderung abtritt, wirklich nicht objektiv ungewöhnlich ist, wie das Bundesgericht meint (BGE 109 II 213 E. 2b S. 218 f.). Den Charakter des Kaufvertrages jedenfalls ändert eine solche Bestimmung deutlich.

Diese Frage müsste unter dem Gesichtspunkt drittfinanzierter Absatz- bzw. Kaufgeschäfte einlässlicher geprüft werden (vgl. zu diesem Problembereich für Konsumkreditgeschäfte Art. 19 und 21 KKG).

<sup>55</sup> Selbstverständlich liessen sich auch aus der Fülle von Urteilen, in denen die Ungewöhnlichkeit verneint wurde, gewisse Kon-

Für Risikoverteilklauseln in Banken-AGB eindrücklich BUCHER, Wer haftet wem? (FN 34), S. 101 ff., und DERS., Wie lange noch Belastung des Kunden (FN 5), S. 44 f.

<sup>49</sup> Ebenso VVG-FUHRER (FN 5), Art. 33 N 216 («Die vom BGER entwickelten Leitsätze zur Berücksichtigung von Billigkeitsüberlegungen im Rahmen v.a. der Geltungskontrolle stimmen weitgehend mit den von der Lehre aufgestellten Massstäben für eine offene Inhaltskontrolle überein.»).

<sup>50</sup> Ähnlich BK-KRAMER (FN 5), Art. 19–20 N 280 («Fraglich wird die Geltungskontrolle erst, wenn sie – methodenunehrlich und vor allem wenig effektiv – mit den Funktionen der Inhaltskontrolle angereichert und dadurch verfälscht wird [...]»).

<sup>51</sup> Dazu A. KOLLER (FN 6), S. 384 f., Rz. 50 ff.

<sup>52</sup> Im Urteil 5P.115/2005 vom 13. Mai 2005 (zitiert bei FURER/MÜLLER-CHEN [FN 5], S. 142, Rz. 82) stand dem Bundesgericht bloss die Willkürkognition zu. Es erachtete den Entscheid der Vorinstanz, die in Frage stehende AGB-Klausel sei ungewöhnlich, als sachlich haltbar.

der verdeckten Inhaltskontrolle sehr unscharf. Selbst die heute praktizierte verdeckte Inhaltskontrolle vermag somit dem Vertragspartner des AGB-Verwenders kaum je zu helfen.

Zum andern ist nochmals auf einen grundlegenden Unterschied zwischen der Geltungskontrolle und der Inhaltskontrolle hinzuweisen: Eine AGB-Klausel kann inhaltlich noch so stossend sein, sie ist unter dem Gesichtspunkt der Konsenskontrolle trotzdem wirksam, wenn das Kriterium der subjektiven Ungewöhnlichkeit (oder das Kriterium der Schwäche) nicht erfüllt ist<sup>56</sup>. Fehlt das *Überraschungsmoment*, so kann einer objektiv ungewöhnlichen AGB-Klausel nur mit einer offenen Inhaltskontrolle begegnet werden<sup>57</sup>. Dies ist deshalb besonders problematisch, weil – wie oben dargelegt – auch das Kriterium der subjektiven Ungewöhnlichkeit relativ unscharf geblieben ist, im Einzelfall also oft nur schwer abgeschätzt werden kann, ob das Bundesgericht die subjektive Ungewöhnlichkeit bejahen wird oder nicht. Für die Praxis erweist sich somit die Inhaltskontrolle unter dem Deckmantel der Konsenskontrolle letztlich nur als eine Krücke von fraglichem Wert.

So zeigt sich einmal mehr: Den Ansprüchen der Rechtssicherheit kann die verdeckte Inhaltskontrolle nicht genügen<sup>58</sup>. *Die offene Inhaltskontrolle ist* – wie in der Literatur zutreffend geltend gemacht wurde – *nicht nur wünschenswert, sondern überfällig*<sup>59</sup>. Dass das Bundesgericht den hier besprochenen Fall nicht genutzt hat, um eine solch offene AGB-spezifische Inhaltskontrolle vorzunehmen, ist bedauerlich.

Allerdings müsste eine solche offene Inhaltskontrolle auf jegliches subjektive Kriterium verzichten<sup>60</sup>. *Zudem müsste dann noch Klarheit über den (objektiven) Massstab geschaffen werden, der an die materielle Zulässigkeit im Streit stehender AGB-Klauseln gelegt wird.* Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kriterium der objektiven Ungewöhn-

lichkeit sollte dabei nicht zum Vorbild genommen werden. Die hohe Messlatte, welche das Bundesgericht dort nach meiner Einschätzung anlegt, dürfte im Kern durch die Optik der Konsenskontrolle beeinflusst worden sein: Wer – wenn auch bloss global – AGB akzeptiert, soll sich (ganz im Sinne von SCHÖNENBERGER/JÄGGI<sup>61</sup>) seiner Verpflichtung aus der Zustimmung nicht leichtthin entziehen können. Konsensrechtlich ist eine Vertragsklausel *wirksam*, weil ihr der Vertragspartner zugestimmt hat (selbst wenn diese Zustimmung widerstrebend erfolgte oder gar bloss – gestützt auf die Vertrauens Theorie – auf normativer Zurechnung durch die Gerichte beruht). Bei der Inhaltskontrolle ist die Betrachtungsweise anders: Zu prüfen ist, ob eine Vertragsklausel, weil gegen rechtliche Schranken verstossend, *unwirksam* ist, *obwohl* ihr der Vertragspartner zugestimmt hat (selbst wenn die Zustimmung in voller Kenntnis der Tragweite der Klausel erfolgte). Diese unterschiedliche Optik muss Auswirkungen auf die Strenge des Prüfungsmassstabes haben: Was konsensrechtlich als (noch) nicht geschäftsfremd gilt, kann ohne weiteres als inhaltlich nicht mehr zulässig qualifiziert werden. Wenn das Vertragsrecht – wie das Bundesgericht anderweitig angetönt hat – auch im Bereich der AGB «materialisiert», die formale Vertragsfreiheit durch materielle Vertragsgerechtigkeit verdrängt werden soll<sup>62</sup>, muss daher die inhaltliche Unzulässigkeit von AGB-Klauseln rascher bejaht werden als deren Ungewöhnlichkeit.

#### IV. Ausblick

Der von der Expertenkommission im Vorentwurf zur Gesamtrevision des VVG vorgeschlagene Art. 20a OR<sup>63</sup> scheint in diese Richtung zu deuten. Die vorgeschlagene Norm lautet:

Art. 20a Allgemeine Vertragsbedingungen

<sup>1</sup>Bestimmungen in vorformulierten Allgemeinen Vertragsbedingungen sind missbräuchlich und unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligen.

<sup>2</sup>Eine unangemessene Benachteiligung ist namentlich dann anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundsätzen der gesetzlichen Regelung, von der zu Lasten des Vertragspartners abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

turen der Ungewöhnlichkeitsregel herauschälen. Dies wäre aber ein schwieriges Unterfangen, weil diesen Fällen höchst unterschiedliche Sachverhalte zugrunde liegen.

<sup>56</sup> Siehe dazu auch SCHWENZER (FN 5), Rz. 45.12 («Die Ungewöhnlichkeitsregel versagt, wenn auf eine bestimmte Klausel ausdrücklich hingewiesen wird.»).

<sup>57</sup> VVG-FUHRER (FN 5), Art. 33 N 58 f.

<sup>58</sup> SCHWENZER (FN 5), Rz. 45.12.

In internationalen Fällen, etwa bei grenzüberschreitenden Kaufverträgen, kann das Fehlen einer (vernünftigen) offenen AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz ebenfalls zu Schwierigkeiten führen (vgl. dazu etwa THOMAS KOLLER, AGB-Kontrolle und UN-Kaufrecht [CISG] – Probleme aus schweizerischer Sicht, in: *Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme*, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, hrsg. von FRIEDRICH HARRER/WOLFGANG PORTMANN/ROGER ZÄCH, Zürich 2002, S. 223 ff.).

<sup>59</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 5), N 1150.

<sup>60</sup> A.M. VVG-FUHRER (FN 5), Art. 33 N 202, der auch bei der Inhaltskontrolle auf die subjektive Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners abstellen will.

<sup>61</sup> ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI (FN 53), Art. 1 N 499.

<sup>62</sup> BGE 123 III 292 E. 2e aa S. 298.

<sup>63</sup> Vgl. dazu FN 2.

Dass die Frage einer gesetzlichen Regelung der AGB-Inhaltskontrolle (auch) im Zusammenhang mit der VVG-Revision diskutiert wird, ist zu begrüßen, spielen doch AGB im Versicherungsvertragsrecht offenkundig eine grosse Rolle. Umso erstaunlicher ist es, wie wenig AGB-rechtliche Fragen in versicherungsrechtlichen Publikationen z.T. mitberücksichtigt werden (vgl. dazu als Beispiel den ansonsten sehr interessanten Aufsatz von VALENTIN MONN, Von ausgeschlossenen Verhaltensweisen im Privatversicherungsrecht, HAVE 2008, S. 93 ff.).

Von «unangemessener Benachteiligung» dürfte wohl wesentlich rascher die Rede sein als von «geschäftsfremden» AGB-Klauseln. Ob die Gerichtspraxis dies indessen auch so sehen würde, bleibt offen. Dem Erläuternden Bericht der Expertenkommission lässt sich zur Frage des Bewertungsmassstabes leider nichts entnehmen<sup>64</sup>.

Losgelöst von der VVG-Revision ist eine Änderung von Art. 8 UWG geplant. Demnach soll im Ingress der Passus «in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei» gestrichen und in Litera a durch «in gegen Treu und Glauben verstossender Weise» ersetzt werden. Art. 8 UWG hätte demnach folgenden Wortlaut:

Art. 8 Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen

Unlauter handelt insbesondere, wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die:

- a. in gegen Treu und Glauben verstossender Weise von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen, oder
- b. eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.

Gemäss dem Erläuternden Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb soll insbesondere mit Litera b eine *abstrakte Inhaltskontrolle* von AGB (mit Hilfe der lauterkeitsrechtlichen Klagen nach Art. 9 f. UWG) ermöglicht werden<sup>65</sup>. Darüber hinaus könnte der revidierte Art. 8 UWG dank dem Wegfall der Wendung «in irreführender Weise» wohl auch für eine griffige *vertragsrechtliche* («konkrete») *AGB-Inhaltskontrolle* im Sinne der vorstehenden Ausführungen fruchtbar gemacht werden.

Die Parlamentarische Initiative Sommaruga «Gegen missbräuchliche Klauseln im «Kleingedruckten»»<sup>66</sup> schliesslich strebt die Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfes an, welcher Grundsätze über Gültigkeit und Ungültigkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und missbräuchlichen Vertragsklauseln festlegt sowie eine abstrakte Inhaltskontrolle vorsieht. Es liegt auf der Hand, dass ein entsprechendes Gesetz nach Ausgestaltung zu einer wirksamen AGB-Inhaltskontrolle führen könnte.

Ob die geplante Änderung von Art. 8 UWG im Vernehmlassungsverfahren, welches noch bis zum 30. September 2008 läuft, auf Zustimmung stösst, ist offen. Ebenso bleibt abzuwarten, wie es mit der VVG-Revision insgesamt und speziell dem vorgeschlagenen Art. 20a OR weitergehen wird. Der negative Entscheid der Rechtskommission des Nationalrates auf die Parlamentarische Initiative Sommaruga vom Juni 2008 lässt befürchten, dass Bemühungen zum

besseren Schutz gegen problematische AGB-Klauseln beim Gesetzgeber keine grossen Chancen haben.

Unabhängig von der laufenden VVG-Revision und der geplanten UWG-Änderung sowie ungeachtet des Schicksals der Parlamentarischen Initiative Sommaruga wäre es zu begrüssen, wenn das Bundesgericht nicht nur (endlich) grundsätzlich zu einer AGB-spezifischen offenen Inhaltskontrolle übergehen, sondern gleich auch vernünftige und zukunftsweisende Leitplanken für eine solche Inhaltskontrolle setzen würde. *Denn solange in der Schweiz für eine AGB-Inhaltskontrolle de lege lata oder de lege ferenda bloss Generalklauseln zur Verfügung stehen, sind die Rechtssuchenden dringend auf solche höchstrichterlichen Leitplanken angewiesen.*

Le droit suisse ne connaît que peu de règles légales relatives aux conditions générales (CG). Le droit des conditions générales est par conséquent (encore) quasiment exclusivement du droit jurisprudentiel. L'absence importante d'un examen ouvert et spécifique du contenu des CG est à ce sujet frappante. De même, il est également manifeste que le Tribunal fédéral opère depuis un certain temps, sous couvert de la clause insolite, une forme d'examen du contenu caché.

Depuis peu, le Tribunal fédéral a affirmé, dans un cas relevant du droit des assurances, le caractère insolite objectif et subjectif d'une clause d'exclusion de couverture. L'auteur expose, en se fondant sur ce jugement, que le Tribunal fédéral a, une fois de plus, procédé à un examen du contenu caché et expose comment cet examen du contenu dissimulé fonctionne et où se situent ses inconvénients méthodologiques et pratiques en comparaison à un examen du contenu ouvert. Son exposé aboutit – compte tenu de la procédure de législation actuellement pendante dans le domaine des CG – au postulat que le Tribunal fédéral aimerait, espérons-le, se résoudre bientôt à un examen du contenu des CG spécifique, ouvert et doté de contours clairs.

(trad. LT LAW TANK, Fribourg)

<sup>64</sup> Erläuternder Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf vom 31. Juli 2006 (FN 2), S. 94 f.

<sup>65</sup> Vgl. dazu den Erläuternden Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) (FN 2), S. 9 und 19.

<sup>66</sup> Siehe dazu FN 2.